

TRATTATO
DI
DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

GIÀ DIRETTO DA

ANTONIO CICU

FRANCESCO MESSINEO

LUIGI MENGONI

CONTINUATO DA
PIERO SCHLESINGER

RICCARDO GUASTINI

Le fonti del diritto
Fondamenti teorici



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
2010

STJ00108975

ISBN 88-14-15140-7

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

1154435

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2010
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

INDICE-SOMMARIO

PARTE PRIMA NORME

CAPITOLO I LINGUAGGIO NORMATIVO

1.	Il diritto come discorso	3
2.	Sintassi del linguaggio prescrittivo	4
3.	Pragmatica del linguaggio prescrittivo	6
4.	Semantica del linguaggio prescrittivo	7
5.	Il diritto come discorso prescrittivo	9

CAPITOLO II NORME

1.	“Norma giuridica” nell’uso comune	11
2.	La norma come prescrizione	12
3.	La norma come prescrizione a struttura condizionale	13
4.	La norma come prescrizione generale	15
5.	La norma come prescrizione astratta	15
6.	Disporre v. provvedere	17

CAPITOLO III VARIETÀ DI NORME

1.	Norme in senso generico	19
2.	Frammenti di norme	20
3.	Norme costitutive	22
4.	Metanorme	22
5.	Norme primarie e norme secondarie	23
6.	Norme formulate e norme inesprese	23

CAPITOLO IV NORME SULLA PRODUZIONE GIURIDICA

1.	Il diritto disciplina la propria creazione	25
2.	Norme formali sulla produzione	27
3.	Norme materiali sulla produzione	29

CAPITOLO V NORME E DISPOSIZIONI

1.	Due accezioni di “norma”: l’enunciato e il suo significato	35
2.	Disposizioni esprimenti più norme	36
3.	Disposizioni ambigue	37
4.	Disposizioni sinonime	38
5.	Disposizioni senza norme	39
6.	Norme prive di disposizione	39

PARTE SECONDA FONTI

CAPITOLO VI CONCETTI DI FONTE

1.	Due concetti di fonte	45
2.	Il concetto materiale di fonte	46
3.	Il concetto formale di fonte	47
4.	Un atteggiamento eclettico	49

CAPITOLO VII FONTI LEGALI

1.	Il concetto di fonte legale	51
2.	Implicazioni	52
3.	Precisazioni	53
4.	La questione della rilevanza giuridica della identificazione delle fonti . . .	55
5.	A proposito delle disposizioni “sulla legge in generale”	58

CAPITOLO VIII FONTI ORIGINARIE

1.	Norme originarie e norme derivate	61
----	---	----

2.	Fondazione di norme	62
3.	Fonti originarie e fonti derivate	63
4.	Criteri di appartenenza all'ordinamento	64
5.	L'effettività delle norme costituzionali di competenza	64

CAPITOLO IX

ATTI E FATTI NORMATIVI

1.	Una distinzione suggestiva	67
2.	Atti, procedimenti, e documenti normativi	68
3.	Fatto normativo	69
4.	La consuetudine (cenno)	71
5.	Fonti "legali" e fonti "extra ordinem"	74
6.	Il principio di effettività	75

CAPITOLO X

LE COSIDDETTE FONTI DI COGNIZIONE

1.	Conoscibilità ed entrata in vigore dei documenti normativi	77
2.	Fonti di produzione v. fonti di cognizione	78
3.	Una distinzione problematica	79
4.	La presunzione di conoscenza della legge (penale)	80
5.	Le raccolte di usi	83
6.	Sull'interpretazione della consuetudine	84

PARTE TERZA

LEGGE

CAPITOLO XI

LEGGE: CONCETTI E CONCEZIONI

1.	Varietà di usi del termine "legge"	89
2.	"Legge" in senso generico	90
3.	La legge come fonte primaria e suprema	90
4.	"Legge" in senso formale e in senso materiale	92
5.	La concezione "dualista" della legge	94
6.	Il principio di legalità	96
7.	"Legge" nel linguaggio della costituzione vigente (cenno)	100
8.	Il declino della legge (nell'ordinamento vigente)	101

CAPITOLO XII

“FUNZIONE LEGISLATIVA” E “FORZA DI LEGGE”
(NELLA COSTITUZIONE VIGENTE)

1.	“Funzione legislativa”	105
2.	“Forza di legge”	106
3.	Il regime costituzionale della legge	108

CAPITOLO XIII

ANOMALIE DELLA FUNZIONE LEGISLATIVA.
(1) LEGGI NON NORMATIVE

1.	Leggi meramente formali	113
2.	Leggi non normative previste in costituzione	114
3.	Illegittimità costituzionale delle leggi singolari e delle leggi-provvedimen- to?	116

CAPITOLO XIV

ANOMALIE DELLA FUNZIONE LEGISLATIVA.
(2) LEGGI ATIPICHE E RINFORZATE

1.	“Legge atipica”	121
2.	Varietà di leggi atipiche	122
3.	Leggi “rinforzate”	124

CAPITOLO XV

RISERVA DI LEGGE

1.	Introduzione: metanorme, norme di rinvio, norme di riserva	127
2.	Rinvii alla “legge”	129
3.	La funzione politica della riserva di legge	132
4.	Riserve di legge e gerarchia materiale delle fonti	133
5.	Riserva “assoluta” e riserva “relativa”	136
6.	Riserva di legge e atti con forza di legge	138
7.	Riserva di legge formale	141

CAPITOLO XVI

INTERPRETAZIONE AUTENTICA

1.	Leggi interpretative	143
----	--------------------------------	-----

2.	“Autentica” in che senso?	144
3.	Il preteso carattere “dichiarativo” dell’interpretazione autentica	146
4.	È l’interpretazione autentica genuina interpretazione?	147
5.	Problemi di identificazione	148
6.	Pro e contra	149

PARTE QUARTA COSTITUZIONE

CAPITOLO XVII

COSTITUZIONE: CONCETTI E CONCEZIONI

1.	Quattro usi del termine “costituzione”	155
2.	Intermezzo: costituzione “formale” e costituzione “materiale”	156
3.	La costituzione come “regime politico”	158
4.	La costituzione come insieme di norme sulla “forma dello stato”	159
5.	Intermezzo: materia costituzionale e norme materialmente costituzionali	159
6.	La costituzione come “codice” della materia costituzionale	160
7.	La costituzione come limite al potere politico	162
8.	Tipi di norme costituzionali	163
9.	Due tecniche di limitazione del potere	164
10.	Due modelli di costituzione	165
11.	La costituzione come fonte del diritto	167
12.	Le consuetudini costituzionali (cenno)	168
13.	Le convenzioni costituzionali (cenno)	170

CAPITOLO XVIII

TIPOLOGIA DELLE COSTITUZIONI

1.	Varietà di classificazioni	173
2.	I modi della revisione costituzionale	175
3.	Il carattere quantitativo della rigidità	177
4.	Costituzioni garantite	178
5.	Tre tipi di garanzia	180
6.	Controllo “a priori” v. controllo “a posteriori”	181
7.	Controllo accentrato v. controllo diffuso	182
8.	Giustizia costituzionale e stato di diritto	184
9.	Giustizia costituzionale e divisione dei poteri	184
10.	Giustizia costituzionale e democrazia	186
11.	La giustizia costituzionale tra giurisdizione e legislazione	187

CAPITOLO XIX
POTERE COSTITUENTE

1.	Poteri costituiti e potere costituente	189
2.	Due concezioni del potere costituente	191

CAPITOLO XX
GLI INTERPRETI DELLA COSTITUZIONE

1.	Introduzione	195
2.	La struttura della costituzione	196
3.	La garanzia giurisdizionale della costituzione	197
4.	La concezione della costituzione	199

CAPITOLO XXI
IN TEMA DI PRINCIPI COSTITUZIONALI

1.	Introduzione	201
2.	Principi e regole	201
3.	Concetti di principio	203
4.	Una possibile sintesi	207
5.	Principi, interpretazione, ragionamento giuridico	209
6.	Applicazione di principi	210
7.	Concretizzazione	212
8.	Sussunzione	213
9.	Conflitti di principi e ponderazione	215
10.	Analisi logica della ponderazione	216
11.	Altri usi dei principi costituzionali	219
12.	Principi costituzionali e positivismo giuridico	219

CAPITOLO XXII
ALCUNE QUESTIONI DI TEORIA COSTITUZIONALE

1.	Limiti logici alla revisione costituzionale?	225
2.	La revisione della norma sul procedimento di revisione	229
3.	La revisione delle norme che interdicono la revisione	231
4.	Il valore giuridico dei preamboli	233
5.	Dichiarazione o creazione di diritti?	234
6.	Vecchie leggi, nuova costituzione	235

PARTE QUINTA GERARCHIE NORMATIVE E VALIDITÀ

CAPITOLO XXIII GERARCHIE NORMATIVE

1. Quali relazioni gerarchiche?	241
2. Teoria delle gerarchie normative	242
3. Gerarchie normative e validità	247
4. Intermezzo: sul cosiddetto principio gerarchico	247
5. Sul concetto di metanorma	249
6. Applicazioni. (I) Autovincoli del legislatore?	250
7. Applicazioni. (II) Il regime giuridico delle leggi costituzionali nel diritto vigente	252

CAPITOLO XXIV VALIDITÀ, ESISTENZA, EFFICACIA

1. Validità	255
2. Validità formale e validità materiale	255
3. Esistenza	256
4. Efficacia	258
5. Intermezzo: l'efficacia delle norme nel tempo	259
6. Vizio	262
7. Invalidità	263
8. Inesistenza	264

CAPITOLO XXV GIUDIZI DI VALIDITÀ

1. Ancora sulla validità	265
2. Validità v. esistenza	266
3. Validità v. obbligatorietà	267
4. Giudizi di validità: la forma	270
5. Giudizi di validità: lo statuto logico	271
6. Giudizi di validità: l'oggetto	273
7. Giudizi di validità: i criteri	275

PARTE SESTA DIRITTO E TEMPO

CAPITOLO XXVI IL TEMPO DELLE NORME

1.	La dimensione temporale delle norme	279
2.	Il tempo dell'appartenenza	279
3.	Il tempo della vigenza	281
4.	Il tempo della validità	282
5.	Il tempo dell'applicabilità	283
6.	Il tempo dell'efficacia	285
7.	Norme retroattive, ultrattive, transitorie	286
8.	Retroattività	287
9.	Due tipi di norme retroattive	288
10.	Tre enunciazioni del principio di irretroattività	289
11.	Cenni alla successione nel tempo di norme penali	290

CAPITOLO XXVII ABROGAZIONE

1.	Nozione di abrogazione	295
2.	Abrogazione espressa	296
3.	Abrogazione tacita	297
4.	Abrogazione di disposizioni v. abrogazione di norme	299
5.	Natura dell'effetto abrogativo	301
6.	Il principio di preferenza della legge successiva	302
7.	Limiti all'applicazione del criterio cronologico	303
8.	Due usi del criterio cronologico	304
9.	L'abrogazione innominata	305
10.	Abrogazione v. deroga	306
11.	Abrogazione v. annullamento per illegittimità costituzionale	306
12.	L'illegittimità costituzionale delle leggi anteriori alla costituzione	309

CAPITOLO XXVIII DUE PROBLEMI DI TEORIA DELL'ABROGAZIONE

1.	Prima questione: reviviscenza di norme abrogate?	311
2.	Quattro ipotesi	313
3.	Quattro soluzioni	314
4.	Seconda questione: può una legge interdire la sua propria abrogazione?	316

CAPITOLO XXIX

PROFILI TEORICI DEL REFERENDUM ABROGATIVO

1. Referendum abrogativo	321
2. Il referendum come fonte del diritto	322
3. Peculiarità del referendum in quanto fonte	323
4. Abrogazione e manipolazione	324
5. L'oggetto del referendum: leggi, disposizioni, frammenti di disposizioni	326

PARTE SETTIMA

LACUNE, ANTINOMIE, GIURISPRUDENZA

CAPITOLO XXX

LACUNE

1. Varietà di lacune	333
2. Dogma della completezza e stato di diritto	337
3. Fondazioni del dogma	338
4. Le lacune come variabili dipendenti dell'interpretazione	344
5. Lacune e tecniche interpretative	346
6. Produrre lacune	348
7. Prevenire e/o colmare lacune	349

CAPITOLO XXXI

CONFLITTI TRA NORME

1. Nozione di antinomia	355
2. Tipi di antinomie	356
3. Antinomie e interpretazione	358
4. Prevenire antinomie	359
5. Modi di soluzione delle antinomie	366

CAPITOLO XXXII

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE.

(1) QUESTIONI DOGMATICHE

1. Un'analisi preliminare	371
2. Il diritto giurisprudenziale in prospettiva dogmatica	373
3. Peculiarità delle sentenze costituzionali di accoglimento	374
4. L'oggetto delle decisioni costituzionali: disposizioni o norme?	376
5. L'oggetto delle sentenze di accoglimento	378
6. Annullamento di disposizioni e annullamento di norme	380

7.	Le sentenze manipolatrici	383
8.	Invalidità e inefficacia delle norme costituzionalmente illegittime	385
9.	Le sentenze di accoglimento sono fonti del diritto?	387

CAPITOLO XXXIII

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE.

(2) QUESTIONI TEORICHE

1.	Nozioni elementari di teoria dell'interpretazione	391
2.	Ingenue credenze	396
3.	Una tesi alternativa	401

PARTE OTTAVA

ORDINAMENTO GIURIDICO

CAPITOLO XXXIV

ORDINAMENTO: CONCETTI E CONCEZIONI

1.	Concetti	409
2.	L'ordinamento come insieme di norme	409
3.	L'ordinamento come complesso di istituzioni	411
4.	L'ordinamento come "sistema"	413

CAPITOLO XXXV

ORDINAMENTO: COMPONENTI

1.	I componenti dell'ordinamento	417
2.	Norme originarie e norme derivate	417
3.	Norme formulate e norme inesprese	418
4.	Norme di condotta e metanorme	420
5.	Norme valide e norme invalide	420
6.	Regole e principi	421

CAPITOLO XXXVI

LA STRUTTURA DEGLI ORDINAMENTI

1.	Struttura	425
2.	Fondazione di norme	425
3.	Al vertice dell'ordinamento	427

4.	L'identità dell'ordinamento	428
5.	Gerarchie di norme	431
6.	Complessità	432
7.	Dimensione sincronica e dimensione diacronica	433
8.	Dimensione statica e dimensione dinamica	435
9.	Accentramento e decentramento	436
10.	Due possibili relazioni tra ordinamenti	437

CAPITOLO XXXVII ORDINAMENTI STATALI

1.	Nozioni preliminari	441
2.	Il concetto di stato	443
3.	Tipi di ordinamenti statali	445
4.	Lo stato di diritto	448

PARTE NONA RELAZIONI TRA ORDINAMENTI

CAPITOLO XXXVIII L'ADATTAMENTO DEL DIRITTO INTERNO AL DIRITTO INTERNAZIONALE

1.	Due tipi di norme internazionali	453
2.	Due modi di adattamento	454
3.	L'adattamento "automatico" al diritto internazionale generale	455
4.	La posizione delle consuetudini internazionali nel sistema delle fonti	457

CAPITOLO XXXIX DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO STATALE: MONISMO O DUALISMO?

1.	Osservazioni preliminari	461
2.	Dualismo e monismo in teoria generale del diritto	463
3.	Critica del monismo	464
4.	Dualismo e monismo in diritto costituzionale	465
5.	Dualismo e monismo in diritto internazionale	469

CAPITOLO XL
LE PROBLEMATICHE RELAZIONI
TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO

1. Relazioni strutturali	473
2. Limitazioni di sovranità	476
3. Intermezzo: due accezioni di "sovranità"	477
4. Limiti e "controlimiti"	480
5. La legge di esecuzione nella gerarchia delle fonti	482
6. Diritto comunitario derivato e leggi nazionali	483
7. Intermezzo: la "primauté" del diritto comunitario derivato	486
8. Diritto comunitario derivato e costituzione	487
9. Dualismo, monismo, e diritto comunitario	488
<i>Indice analitico</i>	493